

# Examensklausur: Die „übersichtliche“ Warnmeldung\*

Von Wiss. Mitarbeiter **Jan-Philip Utech**, Frankfurt am Main\*\*

## Sachverhalt

Der Käufer (K) kaufte für seine Reisetätigkeit als freiberuflicher Journalist am 20.7.2012 für 38.000 € einen Neuwagen bei der Autohersteller-AG (A). Am 1.9.2012 wurde das Auto geliefert. Trotz normalen Fahrverhaltens erschien ab Dezember 2012 im Textdisplay des Autoradios mehrfach folgende Warnmeldung: „Kupplungstemperatur – Vorsichtig anhalten und Kupplung abkühlen lassen. Der Vorgang kann bis zu 45 Minuten dauern. Nach Erlöschen der Meldung ist die Weiterfahrt möglich. Die Kupplung ist nicht beschädigt.“ Daraufhin verlangte K von A Nachbesserung, was zu einigen erfolglosen Werkstattaufenthalten führte. Nach gründlicher Untersuchung des Pkw und Rücksprache mit der Entwicklungsabteilung fand A heraus, dass es sich um eine „übersichtliche“ Warnmeldung handelt und die Kupplung ebenfalls im Fahrbetrieb abkühlen kann und auch im Übrigen einwandfrei funktioniert. A begnügte sich daher damit, K schriftlich darauf hinzuweisen, dass der Warnhinweis nicht beachtet werden muss; die Kupplung auch im Fahrbetrieb abkühlen kann und es nicht nötig ist, das Fahrzeug anzuhalten, wenn die Warnmeldung erscheint. Da K dies nun wisse, könne die Sache wohl auf sich beruhen. Zudem könne er sich nicht beschweren, da die Software dem Standard entspricht und in der gesamten Serie vorkommt.

Im Rahmen interner Untersuchungen der A zur Aufklärung des Geschehens gelangten ungewollt Informationen an die Öffentlichkeit, die offenbarten, dass die leitenden Angestellten der Entwicklungsabteilung von der übersichtlichen Warnmeldung wussten, sich aber mit der „Lappalie“ aus Kostengründen abgefunden hatten. Ob Mitglieder des Vorstands Kenntnis hatten, blieb jedoch ungeklärt.

Nachdem die Warnmeldung Anfang Juli 2013 an zwei Tagen erneut auftrat, wollte sich K dies nicht länger bieten lassen und verlangte von A mit Anwaltsschreiben Lieferung eines mangelfreien Ersatzautos und Erstattung vorgerichtlicher Anwaltskosten i.H.v. 1400 €. A weigerte sich.

Am 14.10.2014 gab K, unbeeindruckt von den nach wie vor anhaltenden, durchaus streitigen Verhandlungen, das Auto im Rahmen des Kundendienstes in die Werkstatt der A. A nutzte diese Gelegenheit und spielte ein hastig entwickeltes, schon seit Ende Juli 2013 zur Verfügung stehendes Software-Update ohne Zustimmung des K auf. Dieses stellte die Ansprechtemperatur der Warnmeldung soweit nach oben, dass ausgeschlossen war, dass sie erneut aufleuchtet. A ist der Ansicht eine Warnmeldung sei verzichtbar, weil es keinen Fall gegeben hat, bei dem die Kupplung tatsächlich Probleme bereitet hatte. Dass schon kurz nach dem Nachlieferungsverlangen ein Software-Update zur Verfügung stand, hatte A

dem K zwar mitgeteilt. K wollte aber von einer Nachbesserung nichts mehr wissen.

Mittlerweile beruft sich A darauf, dass sollte ein Mangel im Rechtssinne vorgelegen haben, dieser nun jedenfalls behoben sei und die Nacherfüllung daher, gleich in welcher Form, auf jeden Fall ausscheide. Eine Nachlieferung sei im Übrigen ohnehin nicht möglich, weil die Serie des gekauften Modells nicht mehr produziert werde und – was zutrifft – Fahrzeuge dieser Serie am Markt nicht mehr als Neuwagen erhältlich seien. Die Lieferung eines ab Januar 2015 produzierten Nachfolgemodells sei ebenfalls nicht geschuldet, jedenfalls aber nicht zumutbar. Zwar funktioniere die Software bei diesem Modell einwandfrei, es habe jedoch ein anderes Design erhalten und es sei mit höherer Motorleistung ausgestattet. Ein Neuwagen habe einen Marktwert von 42.000 €, auf der anderen Seite habe das Software-Update, inklusive anteiliger Kosten für die Entwicklung, nur 5.000 € gekostet. K will von all dem nichts wissen. Er ist der Meinung, dass A nicht ohne seine Erlaubnis ein Software-Update aufspielen könne, um so sein Nachlieferungsverlangen zu umgehen. Ohnehin habe das Update das Problem nur verschoben. Wenn nur noch Modelle der Nachfolgeserie zur Verfügung stünden, müsse A eben ein solches liefern.

## Fallfrage 1

Kann K Lieferung eines Neuwagens verlangen?

## Fallfrage 2

Kann K die vorgerichtlichen Anwaltskosten auch dann verlangen, wenn der A nachweislich kein Verschulden zur Last fällt?

## Bearbeitervermerk

Es ist davon auszugehen, dass der Restwert des gebrauchten Pkw ohne Mangel 25.000 €, der Wert der gezogenen Nutzungen 12.000 € und der durch die fehlerhafte Warnmeldung bedingte Minderwert des Fahrzeugs der Vorgängerserie 4.000 € beträgt. Begutachtungszeitpunkt ist der 1.1.2016.

Es ist auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen – notfalls hilfsgutachterlich – einzugehen.

## Lösungsvorschlag zu Fallfrage 1

### I. §§ 439 Abs. 1 Alt. 2, 437 Nr. 1, 434, 433 BGB

K könnte gegen A einen Anspruch auf Nachlieferung nach §§ 439 Abs. 1 Alt. 2, 437 Nr. 1, 434, 433 BGB haben.

Dies setzt zunächst voraus, dass ein Kaufvertrag geschlossen wurde, die Kaufsache mangelhaft war und K Nachlieferung verlangen kann.

### 1. Kaufvertrag

K kaufte bei A am 20.7.2012 einen Neuwagen. Mithin wurde ein Kaufvertrag geschlossen, § 433 BGB.

\* Dem Übungsfall liegt das Urteil des BGH vom 24.10.2018 – VIII ZR 66/17 zu Grunde (BGH NJW 2019, 292 ff.) und ist um Aspekte des Hinweisbeschlusses vom 8.1.2019 – VIII ZR 225/17 angereichert.

\*\* Der Verf. ist Wiss. Mitarbeiter beim Universitätsrepetitorium der Goethe Universität in Frankfurt am Main.

## 2. Sachmangel

Der Neuwagen müsste nach § 434 BGB mangelhaft gewesen sein. Dies ist der Fall, wenn bei Gefahrenübergang die Ist-Beschaffenheit der Kaufsache von ihrer Soll-Beschaffenheit abweicht.

Es ist weder eine ausdrückliche noch eine konkludente Vereinbarung ersichtlich, sodass sowohl eine Beschaffenheitsvereinbarung nach § 434 Abs. 1 S. 1 BGB als auch eine vertraglich vorausgesetzte Verwendung nach § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB für die Bestimmung der Soll-Beschaffenheit ausscheidet.

*Hinweis 1:* a.A. vertretbar: Ohne Weiteres lässt sich die Ansicht vertreten, dass eine konkludente Vereinbarung einer Verwendung nach § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB getroffen wurde, da sich diese in der Regel ohne besondere Erklärung aus dem allgemeinen Verwendungszweck der Sache ergibt.<sup>1</sup>

*Hinweis 2:* Nach wie vor ist unklar, ob die „nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung“ vertraglich vereinbart sein muss oder, ob es genügt, dass sie Geschäftsgrundlage für den Vertrag wurde.<sup>2</sup>

Ein Abweichen von der Sollbeschaffenheit kann sich daher nur aus § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB ergeben. Hiernach ist die Kaufsache frei von Mängeln, wenn sie sich für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann.

### a) Mangelhaftigkeit der Kupplung

Die Kupplung muss nicht im Stand, sondern kann ebenfalls im Fahrbetrieb abkühlen und funktioniert auch im Übrigen einwandfrei. Die Kupplung ist also mangelfrei.

### b) Mangelhaftigkeit der Warmmeldung

Jedoch könnte die übervorsichtige Warmmeldung einen Mangel darstellen.

#### aa) Eignung für die gewöhnliche Verwendung

Es könnte schon an der Eignung für die gewöhnliche Verwendung fehlen. Gewöhnlich wird ein Pkw als Transport- und Fortbewegungsmittel verwendet. Zwar ist der Warnhinweis unzutreffend und es bestand keine Notwendigkeit den Pkw anzuhalten, weswegen sich insofern von einer objektiven Eignung für die gewöhnliche Verwendung sprechen ließe. Dieser Umstand war dem Käufer im maßgebenden

Zeitpunkt des Gefahrübergangs jedoch unbekannt. Um Schäden und die Gefahr eines Unfalls zu vermeiden, wird sich ein umsichtiger Fahrer gezwungen fühlen, das Fahrzeug umgehend zum Stehen zu bringen und abzuwarten bis die Warmmeldung erlischt. Eine irreführende, den Fahrer ohne objektiven Anlass zum Anhalten auffordernde Software beeinträchtigt die Gebrauchsfähigkeit des Fahrzeugs, so dass es sich jedenfalls nicht für die gewöhnliche Verwendung eignet.

*Hinweis:* a.A. Vertretbar mit dem Argument, dass sich das Fahrzeug trotz Warmmeldung als Transport- und Fortbewegungsmittel eigne.

#### bb) Übliche Beschaffenheit

Ferner ergibt sich das Abweichen von der Soll-Beschaffenheit daraus, dass das Fahrzeug nicht die Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen gleicher Art üblich ist. Insofern könnte zwar fraglich sein, ob sich die übliche Beschaffenheit, wie von A angedeutet, aus einem werksinternen Vergleich mit Fahrzeugen der gleichen Serie ergeben kann. Allerdings kann sich der Verkäufer bzw. Hersteller nicht auf die Fehlerhaftigkeit der gesamten Serie berufen, da es sonst der Hersteller in der Hand hätte einen im Vergleich zum Marktstandard niedrigeren, dann nach § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB zu berücksichtigenden, Vergleichsmaßstab zu setzen. Vergleichsmaßstab kann nur ein herstellerübergreifender sein.<sup>3</sup>

*Hinweis:* Der werksinterne Vergleich ist jedenfalls nicht schon grundsätzlich auszuschließen, denn es ist denkbar, dass der Hersteller mit seiner Serie einen über der Qualität am Markt liegenden Vergleichsmaßstab gesetzt hat. An diesem müsste er sich dann auch festhalten lassen.<sup>4</sup>

#### cc) Objektive Erwartbarkeit

Im Übrigen entspricht ein Pkw mit einer Warmmeldung, die vor nicht existenten Gefahren warnt auch nicht der Beschaffenheit, die ein Durchschnittskäufer objektiv erwartet oder erwarten muss.

#### dd) Abweichende Beurteilung aufgrund Richtigstellung?

Es ist jedoch fraglich, ob sich etwas an der Beurteilung als Sachmangel ändert, weil A den K schriftlich darüber informierte, dass es nicht notwendig sei, die irreführende Warmmeldung zu beachten. Es wäre zu überlegen, ob die herstellereitige Richtigstellung der fehlerhaften Warmmeldung den Mangel beseitigt. Dafür spricht zunächst, dass es sich um eine verlässliche Aussage des Herstellers handelt und dass ein Fahrzeug mit der irreführenden Warmmeldung objektiv ebenso fahrbereit und -sicher ist wie ein vergleichbares Fahrzeug ohne Warmmeldung. Allerdings lässt diese Überlegung die Feststellungen unberührt, dass ein Fahrzeug mit einer irreführenden Warmmeldung nicht die übliche Beschaffenheit aufweist und auch nicht der berechtigten Käufererwartung

<sup>1</sup> Weidenkaff, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 78. Aufl. 2019, § 434 Rn. 21.

<sup>2</sup> Für das Erfordernis einer vertraglichen Vereinbarung Faust, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, 49. Ed., Stand: 1.11.2018, § 434 Rn. 51; dagegen Weidenkaff (Fn. 1), § 434 Rn. 20 ff.; BGH NJW-RR 2012, 1078 (1078 Rn. 16); BGH NJW 2017, 2817 (2818 Rn. 16).

<sup>3</sup> Weidenkaff (Fn. 1), § 434 Rn. 29, m.w.N. aus der Rechtsprechung; Arnold, JuS 2019, 487 f.

<sup>4</sup> Dies ist die Ansicht des Autors.

entspricht.<sup>5</sup> Insbesondere aber kommt es nach § 434 Abs. 1 BGB für die Beurteilung des Vorliegens eines Mangels auf den Zeitpunkt des Gefahrübergangs an.<sup>6</sup> Eine nachträgliche Mitteilung des Verkäufers, dass die Warnmeldung nicht richtig sei und nicht beachtet werden müsse, ändert nichts daran, dass der Mangel im maßgebenden Zeitpunkt bestand.

*ee) Abweichende Beurteilung aufgrund des Updates?*

Gleiches gilt für das nachträglich aufgespielte Software-Update. Selbst wenn der Mangel durch das Aufspielen des Software-Updates beseitigt wurde, würde dies nichts daran ändern, dass das Fahrzeug im relevanten Zeitpunkt des Gefahrübergangs nicht der vertraglich geschuldeten Sollbeschaffenheit entsprach.

*Hinweis:* Ob das Software-Update den Mangel beseitigte, ist eine Frage der (Nach-)Erfüllung.

*c) Zwischenergebnis*

Mithin war das Fahrzeug mangelhaft.

*3. Nachlieferungsverlangen, § 439 Abs. 1 BGB*

Zwar verlangte K Anfang Juli 2013 Lieferung eines mangel freien Ersatzautos. Problematisch ist aber, dass K bereits zuvor – Ende des Jahres 2012 – Nachbesserung verlangt hatte. Hierdurch hat K das nach § 439 Abs. 1 BGB gewährte Wahlrecht bereits ausgeübt. Fraglich ist daher, ob K gehindert war, von seinem Nachbesserungsverlangen Abstand zu nehmen und Ersatzlieferung zu verlangen.<sup>7</sup>

Ob K daran gehindert war, hängt insbesondere davon ab, ob man das Verhältnis von Nachbesserung und Nachlieferung als Wahlschuld im Sinne des §§ 262 ff. BGB oder als elektive Konkurrenz versteht. Würde man das Wahlrecht des § 439 Abs. 1 BGB als Wahlschuld verstehen, so träte nach § 263 Abs. 2 BGB eine unwiderrufliche Bindung an diese Wahl ein.<sup>8</sup> Bei Annahme einer sog. elektiven Konkurrenz wird hingegen ganz überwiegend<sup>9</sup> davon ausgegangen, dass eine Bindung des Käufers an seine Wahl nicht besteht.

<sup>5</sup> Möchte der Verkäufer die Gewährleistung hinsichtlich der Softwarefehler ausschließen, bietet es sich für ihn an, den Käufer bei Vertragsschluss über die Fehler zu informieren, § 442 Abs. 1 BGB.

<sup>6</sup> *Oechsler*, NJW 2004, 1825 (1826); *Lorenz*, NJW 2003, 1417 (1418 f.).

<sup>7</sup> Sog. *ius variandi*.

<sup>8</sup> *Weidenkaff* (Fn. 1), § 263 Rn. 2.

<sup>9</sup> Überraschenderweise geht *Weidenkaff* im Palandt einen Zwischenweg. Sie geht davon aus, dass die Varianten der Nacherfüllung im Verhältnis einer elektiven Konkurrenz stehen, der Käufer aber gleichwohl an seiner Entscheidung gebunden sei. Dem schließt sich das Instanzurteil des OLG Nürnberg DAR 2017, 706 (707) mit Verweis auf *Weidenkaff* (Fn. 1), § 262 Rn. 5 f., § 439 Rn. 5 an; siehe dagegen *Westermann*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 439 Rn. 5.

Der dogmatische Hintergrund der beiden Ansätze besteht darin, dass bei der Wahlschuld nur eine Forderung, diese aber mit alternativem Inhalt besteht; bei der elektiven Konkurrenz dem Gläubiger hingegen wahlweise, zwei oder mehr, inhaltlich verschiedene Ansprüche zustehen.<sup>10</sup> Der Inhalt des durch § 439 BGB gewährten Wahlrechts, ist durch Auslegung zu ermitteln.

Der Wortlaut von § 439 Abs. 1 BGB „als Nacherfüllung nach seiner Wahl [...] verlangen“ spricht dafür, dass nur ein (Nacherfüllungs-)Anspruch mit dem alternativen Leistungsinhalt der Nachbesserung oder der Nachlieferung besteht; also für eine Wahlschuld im Sinne des § 262 BGB.<sup>11</sup> Auch ergibt sich aus dem Gesetz kein ausdrücklicher Hinweis darauf, dass die Entscheidung für eine Variante der Nacherfüllung – anders als Rücktritt und Minderung – nicht als bindende Gestaltungsklärung ausgeformt sein soll.<sup>12</sup>

Andererseits passt die Annahme einer Wahlschuld nicht zu § 439 Abs. 4 BGB. Bei einer Wahlschuld nach §§ 262 ff. BGB konzentriert sich der Anspruch nach Ausübung der Wahl rückwirkend allein auf die gewählte Art. Der nicht gewählte Leistungsinhalt hat demnach, rechtlich gesehen, nie bestanden. § 439 Abs. 4 BGB setzt jedoch voraus, dass auch noch nach Ausübung des Wahlrechts ein Anspruch vorhanden ist, auf den verwiesen werden kann.<sup>13</sup>

Zudem erzeugt die Annahme einer Wahlschuld Ungereimtheiten mit dem Sinn und Zweck der Vorschrift, welche auch in der Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie besteht. Nach dieser ist nicht allein das Interesse eine mangelfreie Sache zu erhalten, sondern auch das Wahlrecht des Käufers zwischen Nachbesserung und Ersatzlieferung geschützt.<sup>14</sup> Über § 264 Abs. 2 S. 2 BGB könnte dem mit der Wahl im Verzug befindlichen Käufer das ihm nach § 439 Abs. 1 BGB gewährte Wahlrecht verloren gehen. Zudem würde der Nacherfüllungsanspruch nach §§ 263 Abs. 2, 275 BGB insgesamt untergehen, sollte die gewählte Art der Nacherfüllung (nachträglich) unmöglich werden. Hierdurch würde der Käufer das Risiko tragen durch die frühzeitige Festlegung auf eine Art der Nacherfüllung nicht das zu erhalten, was seinem Interesse entspricht.<sup>15</sup>

All dies und die grundsätzliche Intention des Gesetzgebers, die Rechte des Käufers bei der Mängelgewährleistung zu erweitern, sprechen gegen die Wahlschuld und für die Annahme einer elektiven Konkurrenz mit der Möglichkeit eines *ius variandi*. Schließlich bleiben auch die schutzwürdigen

<sup>10</sup> *Weidenkaff* (Fn. 1), § 262 Rn. 5.

<sup>11</sup> BGH NJW 2019, 292 (295 Rn. 45 m.w.N.); *Berger*, in: *Jauernig*, Kommentar zum BGB, 17. Aufl. 2018, § 439 Rn. 17; *Schollmeyer/Utlu*, Jura 2009, 721 (726 f.); unzweifelhaft stünde dem Gläubiger die Wahl zu, § 262 BGB a.E.

<sup>12</sup> Anders BGH NJW 2019, 292 (295 Rn. 43), der aber eine Argumentation schuldig bleibt.

<sup>13</sup> Diese Ungereimtheiten vermeidet nur, wer die Regeln der Wahlschuld modifiziert, *Schollmeyer/Utlu*, Jura 2009, 721 (727).

<sup>14</sup> BGH NJW 2019, 292 (296 Rn. 53).

<sup>15</sup> BGH NJW 2019, 292 (295 Rn. 46); *Faust* (Fn. 2), § 439 Rn. 17.

gen Interessen des Verkäufers nicht unberücksichtigt, da diese über den Grundsatz von Treu und Glauben nach § 242 BGB aufgefangen werden können.<sup>16</sup>

Angesichts der fehlgeschlagenen Nachbesserungsversuche der A widerspricht der Wechsel von der Nachbesserung zur Nachlieferung nicht Treu und Glauben. Vielmehr ist es A, die in einen solchen Fall gegen Treu und Glauben verstößt, wenn sie K an der Nachbesserung festhalten will.

Mithin war K nicht an die erste Wahl gebunden und konnte auf den Nachlieferungsanspruch nach § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB übergehen.

*Hinweis:* Es erscheint vertretbar, von einer Unmöglichkeit der Nacherfüllung im Zeitpunkt des Nachlieferungsverlangens auszugehen. Nahe liegt aber eine lediglich vorübergehende Unmöglichkeit, die in diesem Fall einer dauernden nicht gleichsteht. Der Bearbeitervermerk hinsichtlich des Begutachtungszeitpunkts, sollte diese Problematik neutralisieren.

#### 4. Zwischenergebnis

Mithin war ein Nachlieferungsanspruch entstanden und A zur Lieferung eines neuen mangelfreien Fahrzeugs verpflichtet. Der Anspruch dürfte aber nicht untergegangen und müsste durchsetzbar sein.

#### 5. Keine Unmöglichkeit, § 275 Abs. 1 BGB

Möglicherweise ist die Nachlieferung aber unmöglich und der Nachlieferungsanspruch nach § 275 Abs. 1 BGB ausgeschlossen. Nach § 275 Abs. 1 BGB ist der Anspruch auf Leistung ausgeschlossen, soweit diese für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist.

Die Serie des gekauften Modells wird nicht mehr produziert und auch am Markt sind Fahrzeuge dieser Serie nicht mehr als Neuwagen erhältlich. Die Lieferung eines mangelfreien Neuwagens der Vorgängerserie ist also nicht mehr möglich, der Anspruch daher jedenfalls insoweit ausgeschlossen.

Möglich wäre A zwar die Lieferung eines Neuwagens der Nachfolgeserie. Fraglich ist jedoch, ob A im Rahmen des Nachlieferungsanspruchs auch Lieferung eines Neuwagens der Nachfolgeserie schuldet. Ausgangspunkt der Überlegung ist die Gesetzeslage. Zunächst ist daher zu beachten, dass die Pflicht zur Ersatzbeschaffung nach § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB eine mangelfreie, im Übrigen aber „nur“ gleichartige und gleichwertige Sache erfasst und gerade keine identische. Die Pflicht eine im Übrigen identische Sache zu liefern, würde den Nachlieferungsanspruch zu stark einschränken und stünde mit der sich aus den §§ 437 ff. BGB ergebenden Wertung nicht im Einklang, dass der Käufer einerseits das erhalten soll, was ihm vertraglich zu steht, und andererseits dem Verkäufer eine letzte Chance eingeräumt sein soll, den mit der Rückabwicklung des Vertrags verbundenen wirtschaftlichen

Nachteil abzuwenden.<sup>17</sup> Hieraus folgt, dass Inhalt und Umfang des Nachlieferungsanspruchs nicht zu eng gezogen werden dürfen. Vielmehr kommt es darauf an, ob ein Neuwagen der Nachfolgeserie noch eine gleichartige und gleichwertige Sache darstellt.

#### a) Unterscheidung Stück- und Gattungskauf

Hierfür könnte auf die Unterscheidung zwischen Stück- oder Gattungskauf abzustellen sein. Bei einem Neuwagenkauf handelt es sich regelmäßig um eine Gattungsschuld im Sinne des § 243 Abs. 1 BGB.<sup>18</sup> Eine gleichartige und gleichwertige Sache läge demnach vor, wenn die Modelle der Nachfolgeserie der Gattung des gekauften Fahrzeugs entsprechen. Es ist davon auszugehen, dass die von K und A bei Vertragsschluss festgelegten generellen Merkmale<sup>19</sup> des Fahrzeugs eng an das dem K vorgeführte Fahrzeug der Vorgängerserie knüpfen. Diesen Gattungsmerkmalen entspricht ein Fahrzeug der Nachfolgeserie wegen des anderen Designs und der höheren Motorleistung nicht mehr.<sup>20</sup> Demnach läge keine gleichartige und gleichwertige Sache vor. Die Ersatzlieferung eines Neuwagens der Nachfolgeserie wäre demnach nicht geschuldet und der Nacherfüllungsanspruch daher nach § 275 Abs. 1 BGB insgesamt ausgeschlossen.

*Hinweis:* a.A. gut vertretbar.

Die optischen und technischen Veränderungen seien weder jede für sich noch in der Gesamtschau so erheblich, dass von einer neuen Gattung auszugehen sei.<sup>21</sup>

Da die Gattungsmerkmale von den Parteien bestimmt werden, ließe sich ein erweiterter Gattungsbegriff konstruieren. Die Parteibestimmung lässt Raum für eine ergänzende Auslegung. Zur Gattung würde demnach auch ein Modell der Nachfolgeserie gehören.<sup>22</sup>

Diese eher formalistische Ansicht lässt jedoch die eigentliche, hinter der Gattungsbestimmung stehende Parteivereinbarung und die Interessenlage der Parteien bei Vertragsschluss unberücksichtigt. Sie ist daher als zu wenig auf die Umstände des Vertragsschlusses und den Zweck des § 439 BGB bedacht, abzulehnen. Auf die Unterscheidung von Stück- oder Gattungskauf kann es demnach nicht ankommen.<sup>23</sup>

<sup>16</sup> BGH NJW 2019, 292 (295 Rn. 47); *Westermann* (Fn. 9), § 439 Rn. 5.

<sup>17</sup> BGH NJW 2019, 292 (295 Rn. 47); *Westermann* (Fn. 9), § 439 Rn. 5.

<sup>18</sup> *Arnold*, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2014, § 243 Rn. 4.

<sup>19</sup> Zum Gattungsbegriff *Grüneberg*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 78. Aufl. 2019, § 243 Rn. 1 f.

<sup>20</sup> So auch die weit überwiegende Anzahl der ergangenen gerichtlichen Entscheidungen, siehe *van Lüeck*, VuR 2019, 8 (10 m.w.N.).

<sup>21</sup> *van Lüeck*, VuR 2019, 8 (9).

<sup>22</sup> So LG Offenburg VuR 2017, 269 (271).

<sup>23</sup> Schon LG Ellwangen NJW 2003, 517 ff.

*b) Vertragliche Beschaffungspflicht*

Vielmehr ist unmittelbar auf die vom Verkäufer vertraglich übernommene Beschaffungspflicht des § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB abzustellen. Die Lieferung des Nachfolgemodells wäre demnach von der Nachlieferungspflicht umfasst, wenn der Wille von K und A bei Vertragsschluss darauf gerichtet war, dass im Rahmen der Nacherfüllung ein etwaiges Nachfolgemodell das gekaufte Modell als gleichartige und gleichwertige Sache ersetzen kann.

Allerdings lässt sich angesichts der nur vagen Möglichkeit eines Gewährleistungsfalles ein solcher auf die Austauschbarkeit der Leistung gerichteter ausdrücklicher oder konkludenter Wille nicht ermitteln. Da aber auch kein gegenheiliger Wille erkennbar ist, besteht eine vertragliche Regelungslücke.

*aa) Ergänzende Vertragsauslegung*

Zur Lückenschließung ist auf eine ergänzende Vertragsauslegung zurück zu greifen, §§ 133, 157 BGB. Grundlage für die Ergänzung des Vertragsinhalts ist der hypothetische Parteiwille.<sup>24</sup> Es ist darauf abzustellen, was die Parteien bei angemessener Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben als redliche Vertragsparteien vereinbart hätten, wenn sie den nicht geregelten Fall bedacht hätten.<sup>25</sup>

Hierbei ist zu beachten, dass beim Kauf eines Neufahrzeugs mit einem Nachfolgemodell typischerweise zu rechnen ist. Üblicherweise sind die Nachfolgemodelle in mancher Hinsicht fortentwickelt, sei es durch die Änderungen der Motortechnik, durch Änderung bei Abmessungen, Gewicht, Kraftstoffverbrauch und/oder Formensprache etc. In dieser modifizierten Gestalt ersetzt das Nachfolgemodell das ursprüngliche Modell und tritt am Markt an dessen Stelle. Dieser Umstand ist dem Verkäufer bewusst. Ferner dürfte die Interessenlage des Verkäufers in dieser Situation nicht wesentlich anders zu beurteilen sein, als sei das zurzeit des Abschlusses des Kaufvertrags produzierte Modell noch lieferbar.<sup>26</sup> Für den Verkäufer stehen in beiden Fällen zunächst allein die Ersatzbeschaffungskosten im Mittelpunkt. Diese werden aber durch § 275 Abs. 2 BGB und insbesondere durch § 439 Abs. 4 BGB berücksichtigt und nicht durch § 275 Abs. 1 BGB. Auf der anderen Seite ist zu berücksichtigen, dass der Käufer ein Interesse daran hat, im Gewährleistungsfalle die ihm gesetzlich eingeräumte Wahl zwischen den Nacherfüllungsarten auch dann zu haben, wenn das gekaufte Modell von einem Nachfolgemodell am Markt ersetzt wurde. Aus Sicht des Käufers soll dem Verkäufer nicht die Möglichkeit gegeben sein, einen etwaigen Nachlieferungsanspruch durch einen einfachen, teilweise jährlich stattfindenden, Modellwechsel zu vereiteln. Bei angemessener Abwägung der Interessen nach Treu und Glauben hätten redliche Vertragsparteien daher vereinbart, dass das gekaufte Modell durch ein etwaiges Nachfolgemodell austauschbar sein soll.

<sup>24</sup> Weidenkaff (Fn. 1), § 157 Rn. 7.

<sup>25</sup> Weidenkaff (Fn. 1), § 157 Rn. 7.

<sup>26</sup> A.A. Gutzeit, JuS 2019, 649 (653 f.).

*bb) Zwischenergebnis*

Der hypothetische Parteiwille war mithin darauf gerichtet, die Lieferung eines Nachfolgemodells als gleichartige und gleichwertige Sache von der Beschaffungspflicht des § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB umfasst anzusehen.

*c) Zwischenergebnis*

Mithin ist keine Unmöglichkeit der Nachlieferung eingetreten.

*Hinweis:* a.A. insbesondere im Fall eines Verbrauchsgüterkaufs mit folgender Begründung gut vertretbar: Der Verkäufer ist unter Umständen an einer Unmöglichkeit der Nachlieferung und der damit verbunden Rückabwicklung des Vertrages mehr interessiert als an einer Aufrechterhaltung der Vertragspflicht zur Nachlieferung. Im Fall des Verbrauchsgüterkaufs ist die Rückabwicklung für den Verkäufer vorteilhafter als die Nachlieferung, weil der Käufer nicht nur den Gebrauchtwagen zurückgeben, sondern nach § 346 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB auch Nutzungersatz zahlen muss. Schuldet der Verkäufer hingegen Nachlieferung, erhält er zwar ebenfalls das gebrauchte Fahrzeug zurück, § 439 Abs. 5 BGB, wegen § 475 Abs. 3 S. 1 BGB aber keinen Nutzungersatz.<sup>27</sup>

*6. Keine Erfüllung, §§ 362 Abs. 1, 242 BGB*

Fraglich ist weiterhin, ob der Nachlieferungsanspruch durch Nachbesserung in Gestalt des Aufspiels des Software-Updates am 14.10.14 erloschen sein könnte.

Problematisch ist, dass A auf Grund der zulässigen Ausübung des *ius variandi* des K ausschließlich Nachlieferung schuldet und das Aufspielen der Software somit nicht die nach §§ 362 Abs. 1, 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB geschuldete Leistungshandlung der A darstellt. Eine Erfüllung ist daher nur unter zwei Voraussetzungen denkbar. Zum einen müsste ein Verkäufer berechtigt sein, die andere – nicht geschuldete – Art der Nacherfüllung mit Erfüllungswirkung vornehmen zu dürfen und zum anderen müsste der Mangel durch das Software-Update beseitigt worden sein.

*a) Zulässigkeit der eigenmächtigen Mangelbeseitigung durch den Verkäufer*

Einer Berechtigung des Verkäufers, die andere – nicht geschuldete – Art der Nacherfüllung mit Erfüllungswirkung vornehmen zu dürfen, steht jedoch Sinn und Zweck von § 439 Abs. 1 BGB entgegen. § 439 Abs. 1 BGB schützt, wie dargelegt, nicht allein das Interesse eine mangelfreie Sache zu erhalten. Er schützt darüber hinaus auch das Recht des Käufers zwischen Nachbesserung und Ersatzlieferung zu wählen.<sup>28</sup> Dieses Wahlrecht würde umgangen, wenn der Verkäufer den Mangel eigenmächtig beseitigen könnte, obwohl sich der Käufer zulässigerweise für die Lieferung einer mangelfreien Sache entschieden hat. Eine Ausnahme käme nur in Betracht, wenn es dem Käufer nach Treu und Glauben ver-

<sup>27</sup> Gutzeit, JuS 2019, 649 (653 f.).

<sup>28</sup> BGH NJW 2019, 292 (296 Rn. 54 f.).

wehrt wäre an der Wahl der Nachlieferung festzuhalten. Für ein Treu und Glauben Verstoß des K ist jedoch nichts ersichtlich. Vielmehr verstößt A gegen Treu und Glauben, wenn sie den Mangel eigenmächtig beseitigt. Mithin war A nicht berechtigt, ohne Einverständnis des K, die andere Art der Nacherfüllung vorzunehmen.<sup>29</sup>

*b) Zwischenergebnis*

Selbst wenn die Nachbesserung erfüllungstauglich war, würde sie nicht zur Erfüllung und zum Erlöschen des Nacherfüllungsanspruchs führen.

*7. Keine Unverhältnismäßigkeit, § 439 Abs. 4 BGB*

Möglicherweise kann A die Nachlieferung gem. § 439 Abs. 4 S. 1 BGB verweigern.

*Hinweis:* Hätte ein Verbrauchsgüterkauf vorgelegen, hätte die Anwendbarkeit des § 439 Abs. 4 S. 1 BGB nach § 475 Abs. 4 S. 1 BGB vorausgesetzt, dass die andere Art der Nacherfüllung – hier: Nachbesserung – möglich ist.<sup>30</sup>

Das Leistungsverweigerungsrecht des § 439 Abs. 4 S. 1 BGB setzt voraus, dass die Nachlieferung für den Verkäufer nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist. Dabei sind nach Satz 2 insbesondere der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand<sup>31</sup>, die Bedeutung des Mangels<sup>32</sup> und die Frage zu berücksichtigen, ob auf die andere Art der Nacherfüllung ohne erhebliche Nachteile für K zurückgegriffen werden könnte.

Es kommt auf die Umstände des Einzelfalls und eine umfassende Interessenabwägung an.<sup>33</sup> Wertgrenzen können dabei als Ausgangspunkt der Abwägung dienen.<sup>34</sup> Es würde die Grenzen des wirtschaftlich Vertretbaren überschreiten, wenn die Kosten der Herstellung des vertragsgemäßen Zustands den Wert der Sache im mangelfreien Zustand um das 1,5-fache bzw. wenn die Kosten im Verhältnis zur Bedeutung des Mangels das 2-fache übersteigen. Im Verhältnis zur Variante 1

des Satz 2 ist daher eine 150 %<sup>35</sup> Grenze und im Verhältnis zur Variante 2 eine 200 %<sup>36</sup> anzusetzen.

*a) Berechnung der Kosten der Nachlieferung*

Zunächst sind die Kosten der Nachlieferung zu bestimmen. Die Kosten errechnen sich nach dem tatsächlich zu erbringenden Aufwand der A.

Als Nachlieferung müsste A ein mangelfreies Neufahrzeug der Nachfolgeserie mit höherer Motorleistung und neuem Design im Wert von 42.000 € liefern.

Im Gegenzug würde A ein seit etwa 2,5 Jahren genutztes Gebrauchtfahrzeug der Vorgängerserie mit einem Zeitwert im mangelfreien Zustand von 25.000 € erhalten, § 439 Abs. 5 BGB. Durch den Mangel ist das Fahrzeug in seinem Wert um weitere 4.000 € gemindert. A würde also ein Fahrzeug mit einem Wert von 21.000 € zurückerhalten.

Da es sich nicht um einen Verbrauchsgüterkauf handelt, müsste K nach §§ 439 Abs. 5, 346 Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB auch den Wert der gezogenen Nutzungen i.H.v. 12.000 € herausgeben.

Mithin beliefen sich die Nachlieferungskosten auf (42.000 € – [25.000 € – 4.000 €] – 12.000 €) = 9.000 €.

*Hinweis:* Würde es sich um einen Verbrauchsgüterkauf im Sinne von § 474 ff BGB handeln, müsste K wegen § 475 Abs. 3 S. 1 BGB keinen Nutzungsersatz zahlen.<sup>37</sup>

*b) Absolute Unverhältnismäßigkeit<sup>38</sup>*

Eine absolute Unverhältnismäßigkeit liegt vor, wenn die Nachlieferungskosten entweder im Verhältnis zur Variante 1 oder im Verhältnis zur Variante 2 des § 439 Abs. 4 S. 2 BGB unverhältnismäßig sind.

*aa) § 439 Abs. 4 S. 2 Variante 1 und 2 BGB*

Das Verhältnis zur Variante 1, also zu dem Wert der Sache im mangelfreien Zustand (9.000 € zu 25.000 €) liegt deutlich unter 150 %.<sup>39</sup> Hingegen liegt das Verhältnis zur Variante 2,

<sup>29</sup> So auch schon das OLG Nürnberg DAR 2017, 706 (707).

<sup>30</sup> Sog. Totalverweigerungsverbot.

<sup>31</sup> Dieses Kriterium kommt insbesondere bei geringwertigen Sachen zum Tragen, bei denen eine Nachbesserung oft mit unverhältnismäßigen Aufwendungen verbunden sein wird, so dass in der Regel nur eine Ersatzlieferung in Betracht kommt. (vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 232), Beispiel: Schraube mit Gewindefehler.

<sup>32</sup> Dieses Tatbestandsmerkmal umfasst nicht nur, aber insbesondere den mangelbedingten Minderwert, also die Differenz des Wertes der Sache ohne und mit Mangel.

<sup>33</sup> BGH NJW 2019, 292 (296 Rn. 59).

<sup>34</sup> BGH NJW 2015, 468 (473 Rn. 45); sehr lesenswert *Hamann/Iwanczik*, ZJS 2018, 412 (416), aber Vorsicht bei der Fallvariante 2. Hier wird übersehen, dass auch der Restwert der zurückzugebenden Sache den Nachlieferungsaufwand mindert.

<sup>35</sup> Der BGH nimmt an, dass (absolute) Unverhältnismäßigkeit bei nicht zu vertretenden Mängeln jedenfalls dann vorliege, wenn die Kosten der Nacherfüllung 150 % des Werts der Sache im mangelfreien Zustand (bei Grundstücken: 100 %) übersteigen, *Faust* (Fn. 2), § 439 Rn. 66.

<sup>36</sup> BGH NJW 2009 1660 (1661 Rn. 14 f.); BGH NJW 2015 468 (472 Rn. 41); *Faust* (Fn. 2), § 439 Rn. 66.

<sup>37</sup> Zur Berücksichtigungsfähigkeit des Wertes der zurückgenommenen Sache, *Faust* (Fn. 2), § 439 Rn. 56; *Westermann* (Fn. 9), § 439 Rn. 29; Abwegig daher *Hamann/Iwanczik*, ZJS 2018, 412 (419 Fallvariante 2).

<sup>38</sup> Absolute Unverhältnismäßigkeit meint hier die Unverhältnismäßigkeit im Verhältnis zur Variante 1 oder 2 des § 439 Abs. 4. Die Unverhältnismäßigkeit im Verhältnis zur Variante 3 ist die relative Unverhältnismäßigkeit.

<sup>39</sup> Der BGH nimmt in seiner dem Übungsfall zugrundeliegenden Entscheidung (BGH NJW 2019, 292 [297 Rn. 63]) folgendes an: „Dem Wert der Sache in mangelfreiem Zustand (§ 439 IV 2 Alt. 1 BGB) sei bei der gebotenen Interessenab-

also zum mangelbedingten Minderwert (9.000 € zu 4.000 €) über der Grenze von 200 %, nämlich bei 225 %. Gemessen an der Wertgrenze der Variante 2, würde eine absolute Unverhältnismäßigkeit der Kosten vorliegen. Allerdings dienen die Wertgrenzen nur als Ausgangspunkt.<sup>40</sup>

*bb) § 439 Abs. 4 S. 2 BGB „insbesondere“*

Nach dem Wortlaut des § 439 Abs. 4 S. 2 BGB „insbesondere“ können weitere Kriterien bei der Abwägung Berücksichtigung finden. Zu diesen gehört insbesondere ein Verschulden des Verkäufers.<sup>41</sup> Liegt ein solches vor, ist eine Erhöhung der Wertgrenzen von bis zu 30 %<sup>42</sup> denkbar.<sup>43</sup> Der A könnte als Aktiengesellschaft ein Verschulden ihrer Organe bzw. der leitenden Angestellten analog § 31 BGB zuzurechnen sein. Ein Verschulden läge vor, wenn A in zurechenbarer Weise Kenntnis von der übersichtlichen Warnmeldung hatte.

Ob Mitglieder des Vorstands Kenntnis von der irreführenden Warnmeldung hatten, ist jedoch unklar.

Allerdings wussten die leitenden Angestellten der Entwicklungsabteilung von der übersichtlichen Warnmeldung und hatten sich mit dieser aus Kostengründen abgefunden. Die Repräsentantenhaftung des § 31 BGB erstreckt sich für die juristischen Personen über den Vorstand, die Vorstandsmitglieder und die verfassungsmäßig berufenen besonderen Vertreter hinaus auf alle sonstigen Personen, denen durch die allgemeine Betriebsregelung und Handhabung bedeutsame, wesensmäßige Funktionen der juristischen Person zur selbständigen, eigenverantwortlichen Erfüllung zugewiesen sind, so dass sie die juristische Person im Rechtsverkehr repräsentieren.<sup>44</sup> Hierzu gehören insbesondere Führungskräfte und

wägung im Streitfall kein Gewicht beizumessen ist. Denn dieser Gesichtspunkt kommt namentlich bei geringwertigen Sachen zum Tragen, bei denen eine Nachbesserung oft mit unverhältnismäßigen Aufwendungen verbunden sein wird, so dass in der Regel nur eine Ersatzlieferung in Betracht kommen wird (vgl. BT-Drs. 14/6040, 232).<sup>45</sup> Diese Formulierung ist nicht unproblematisch, da es durchaus vorkommt, dass die Nacherfüllungskosten auch den mangelfreien Wert einer hochwertigen Sache übersteigen, siehe BGHZ 200, 350 (352 Rn. 5). Die Aussage des BGH darf also nicht dahingehend verstanden werden, dass diesem Kriterium bei hochwertigen Sachen schon grundsätzlich kein Anwendungsbereich zukommt.

<sup>40</sup> BGH NJW 2015, 468 (472 Rn. 40).

<sup>41</sup> BGH NJW 2019, 292 (300 Rn. 97); *Westermann* (Fn. 9), § 439 Rn. 30; § 439 Abs. 4 BGB ähnelt § 275 Abs. 2 BGB, siehe dort § 275 Abs. 2 S. 2 BGB.

<sup>42</sup> Im Sinne von Prozentpunkten.

<sup>43</sup> Für bis zu 25 %, *Faust* (Fn. 2) § 439 Rn. 62; bis zu 30 % *Hamann/Iwanczik*, ZJS 2018, 412 (420), aber Vorsicht bei der Fallvariante 2. Hier wird übersehen, dass auch der Restwert der zurückzugebenden Sache den Nachlieferungsaufwand mindert.

<sup>44</sup> Zu den Voraussetzungen der Repräsentantenhaftung, *Leuschner*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2018, § 31 Rn. 14, 15; *Mansel*, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 17. Aufl. 2018, § 31 Rn. 1–6.

leitende Angestellte. Mithin ist der A das vorsätzliche Verhalten der leitenden Angestellten zuzurechnen.

*cc) Zwischenergebnis*

Auf Grund des vorsätzlichen Verhaltens der leitenden Angestellten ist die Wertgrenzen auf 230 % erhöht, sodass auch im Verhältnis zum mangelbedingten Minderwert eine (absolute) Unverhältnismäßigkeit nicht gegeben war.

*Hinweis:* Es konnten weitere Sachverhaltshinweise punktebringend verwertet werden: Z.B., dass der Fehler einen sicherheitsrelevanten Bereich des Fahrzeugbetriebs betrifft oder dass die Nachbesserung zuvor mehrfach fehlgeschlagen war.

*c) Relative Unverhältnismäßigkeit*

Jedoch könnte sich aus dem Vergleich zur anderen Art der Nacherfüllung eine relative Unverhältnismäßigkeit ergeben. Das Verhältnis zur Nachbesserung (9.000 € zu 5.000 €) liegt jedenfalls über der anzulegenden Wertgrenze von 110 %<sup>45</sup> (180 %). Und selbst die Erhöhung der Wertgrenze um 30 %, wegen des Verschuldens der A, würde nicht zur Verhältnismäßigkeit führen. Allerdings fordert § 439 Abs. 4 S. 2 Var. 3 BGB, dass auf die andere Art der Nacherfüllung ohne erhebliche Nachteile für den Käufer zurückgegriffen werden kann. Der BGH konkretisiert dies dahingehend, dass der auf Ersatzlieferung in Anspruch genommene Verkäufer den Käufer nicht unter Ausübung der Einrede der Unverhältnismäßigkeit auf Nachbesserung verweisen darf, wenn der Verkäufer den Mangel nicht vollständig, nachhaltig und fachgerecht beseitigen kann.<sup>46</sup>

Durch das Software-Update wurde die Ansprechtemperatur der Warnmeldung soweit erhöht, dass ein erneutes Aufblinken ausgeschlossen war. Dies steht einem vollständigen Abschalten der Warnmeldung gleich. Selbst wenn der Vortrag hinsichtlich der sicherheitstechnischen Verzichtbarkeit der Warnmeldung zuträfe, ändert dies nichts daran, dass im Verhältnis zu K eine funktionierende Warnmeldung zum geschuldeten Leistungsprogramm der A gehört.<sup>47</sup> Im Übrigen ist aber davon auszugehen, dass der Mangel nun sicherheitsrelevant war, da der Fahrer auch dann keine Warnhinweise erhalten würde, wenn er unsachgemäß fährt. Dies stellt keine vollständige und nachhaltige Mangelbeseitigung dar. Das Software-Update war nicht geeignet, den Mangel ohne erhebliche Nachteile für K zu beseitigen, § 439 Abs. 4 S. 2 Var. 3 BGB. Eine relative Unverhältnismäßigkeit scheidet daher ebenfalls aus.

*Hinweis:* a.A. vertretbar: Man konnte auf die Idee kommen, dass seit Anfang des Jahres 2014 ein Software-Update zur Verfügung gestanden haben müsse, welches den Fehler auch bei den Vorgängermodellen vollständig

<sup>45</sup> 110 %, 120 % oder 125 %, *Faust* (Fn. 2), § 439 Rn. 62 m.w.N.

<sup>46</sup> BGH NJW 2019, 292 ff.

<sup>47</sup> Siehe Prüfung § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB.

und nachhaltig beseitigen konnte. Ab diesem Zeitpunkt wäre es demnach möglich, ohne erhebliche Nachteile für K nachzubessern.

Allerdings wäre hierbei der Leitsatz<sup>48</sup> des BGH zu berücksichtigen: „Für die Beurteilung der relativen Unverhältnismäßigkeit der vom Käufer gewählten Art der Nacherfüllung im Vergleich zu der anderen Art ist grundsätzlich auf den Zeitpunkt des Zugangs des Nacherfüllungsverlangens abzustellen.“<sup>49</sup>

d) *Zwischenergebnis*

Mithin kann A die Nachlieferung nach § 439 Abs. 4 S. 1 BGB nicht verweigern.<sup>50</sup>

8. *Keine Verjährung*

Fraglich ist schließlich, ob sich A nach § 214 Abs. 1 BGB auf die Einrede der Verjährung berufen kann. Der Nacherfüllungsanspruch verjährt gem. § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB abweichend von §§ 195, 199 BGB nach zwei Jahren, nach Abs. 2 beginnend mit der Ablieferung. Allerdings ist A die Kenntnis der leitenden Angestellten zuzurechnen, sodass von einem arglistigen Verschweigen des Mangels auszugehen ist. Nach § 438 Abs. 3 S. 1 BGB verjährt der Nachlieferungsanspruch daher in der regelmäßigen Verjährungsfrist der §§ 195, 199 BGB.

Beginn der dreijährigen Frist war gem. § 199 Abs. 1 BGB somit der Schluss des Jahres 2012, also der 31.12.12 um 24 Uhr.<sup>51</sup> Nach 187 Abs. 1 BGB wird der 31.12.12 nicht mitgerechnet, so dass die Frist effektiv am 1.1.2013 00.00 Uhr zu laufen begann. Demnach endete die Frist gem. § 188 Abs. 2 BGB am 31.12.15 um 24 Uhr.

Der Nacherfüllungsanspruch wäre am 1.1.2016 verjährt. Allerdings ist zu beachten, dass es wegen der streitigen Verhandlungen zwischenzeitlich zu einer Hemmung der Verjährung nach §§ 203, 209 BGB gekommen war bzw. ist. Dieser Zeitraum wird bei der Verjährungsfrist nicht eingerechnet, sodass davon auszugehen ist, dass der Nachlieferungsanspruch am 1.1.2016 noch nicht verjährt war.

II. *Ergebnis zu Fallfrage 1*

K hat gegen A einen durchsetzbaren Anspruch auf Lieferung eines Neuwagens der Nachfolgeserie.

<sup>48</sup> BGH NJW 2019, 292 ff.

<sup>49</sup> Westermann (Fn. 9), § 439 Rn. 27 – Gefahrübergang; Biedenbender, in: Nomos Kommentar zum BGB, 3. Aufl. 2016, § 439 Rn. 42 – Beginn der Mängelbeseitigung.

<sup>50</sup> Das Berufungsgericht hatte zu § 439 Abs. 4 BGB keine ausreichenden Tatsachenfeststellungen getroffen. Daher hat der BGH die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Der Sachverhalt wurde insoweit ergänzt.

<sup>51</sup> Der Beginn der regelmäßigen Verjährungsfrist bei arglistigem Verschweigen des Mangels richtet sich nach § 199 BGB. Maßgebend ist somit nicht die Ablieferung am 1.9.2012 (§ 438 Abs. 2 BGB), sondern der Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist, Weidenkaff (Fn. 1), § 438 Rn. 5.

Lösungsvorschlag zu Fallfrage 2

I. *Anspruch auf vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten*

Fraglich ist schließlich, ob K von A die vorgerichtlichen Anwaltskosten i.H.v. 1.400 € auch dann verlangen kann, wenn A nachweislich kein Verschulden zur Last fällt. Dies wäre möglich, wenn K eine Anspruchsgrundlage zur Seite steht, die kein Verschulden voraussetzt.

*Hinweis:* Ein Anspruch aus § 280 Abs. 1 BGB und § 280 Abs. 1, 2, § 286 BGB scheidet aus, weil ein Vertretenmüssen bzw. ein Verschulden Voraussetzung ist. § 91 Abs. 1, 2 S. 1 ZPO erfasst nur die „Kosten des Rechtsstreits“. Die für eine außergerichtliche Tätigkeit des Anwalts anfallende Geschäftsgebühr ist nach ständiger Rechtsprechung des BGH nicht Gegenstand der prozessualen Kostenfestsetzung.<sup>52</sup> Im Übrigen macht der Sachverhalt keine Angaben zu einem gerichtlichen Rechtsstreit.

I. *§ 439 Abs. 2 BGB*

§ 439 Abs. 2 BGB ist eine verschuldensunabhängige Anspruchsgrundlage.<sup>53</sup> Sie erfasst insbesondere Transport-<sup>54</sup>, Wege-, Arbeits- und Materialkosten die zum Zwecke der Nacherfüllung entstehen. Neben diesen beispielhaft genannten Kosten der Mängelbeseitigung sind auch Aufwendungen für eine Mangelfeststellung erfasst, weil diese „zum Zwecke der Nacherfüllung“ aufgewandt werden.<sup>55</sup>

a) *„zum Zwecke der Nacherfüllung“*

Fraglich ist nun, ob § 439 Abs. 2 BGB darüber hinaus auch einen Anspruch auf Ersatz der vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten gewährt, wenn diese nicht im Zusammenhang mit Feststellung der Ursächlichkeit des Mangels stehen.

Dies ist durch Auslegung zu ermitteln. Wie gesehen lässt der Wortlaut „insbesondere“ Raum für weitere Kostenfälle. Voraussetzung ist aber, dass die Aufwendungen zum Zwecke der Nacherfüllung getätigt wurden. Dies kann in einem engen, aber auch in einem weiteren Sinn verstanden werden. Zum Zweck der Nacherfüllung muss nicht meinen, dass ausschließlich Aufwendungen erfasst sind, die in einem unmittelbaren Zusammenhang zur Mängelbeseitigung oder -feststellung stehen. Aus Sicht des Käufers werden Aufwendungen nämlich auch dann zum Zwecke der Nacherfüllung getätigt, wenn Sie der Durchsetzung des Nacherfüllungsanspruchs dienen.

<sup>52</sup> Schulz, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 5. Aufl. 2016, § 91 Rn. 129.

<sup>53</sup> § 439 Abs. 2 BGB ist nach Auffassung des BGH eine eigenständige Anspruchsgrundlage, die dem Käufer einen Anspruch auf Kostenerstattung sowie auf einen angemessenen Kostenvorschuss gibt, BGH NJW 2019, 292 (299 Rn. 87 m.w.N.); BGH NJW 2011, 2278 ff. = JuS 2011, 748 ff.; a.A. Hellwege, AcP 206 (2006), 136 ff.

<sup>54</sup> Str., stets: BGHZ 189, 196 ff. = NJW 2011, 2278 ff., Faust (Fn. 2), § 439 Rn. 77; nicht stets: Berger (Fn. 11), § 439 Rn. 37

<sup>55</sup> BGH NJW 2014, 2351 (2352 Rn. 14–17), zu weitgehend meint Lorenz, NJW 2014, 2319 (2322).



Diese weite Lesart entspricht auch der Zielsetzung des § 439 Abs. 2 BGB, die in der Gewährleistung des von Art. 3 Abs. 3 S. 1, Abs. 4 Verbrauchsgüterkaufrichtlinie geforderten Unentgeltlichkeit der Nacherfüllung besteht. Diese Zielsetzung hat zum Hintergrund, dass sich ein Käufer wegen einer drohenden finanziellen Belastung von der Anspruchsdurchsetzung abhalten lassen könnte.<sup>56</sup> Einer so bestimmten Zielsetzung entspricht es auch solche Kosten als ersatzfähig anzusehen, die allein der Durchsetzung des Nacherfüllungsanspruchs dienen. Auch durch diese Kosten könnte sich der Käufer von der Geltendmachung der Mängelrechte abhalten lassen.

Die europarechtskonforme Auslegung spricht zwar zunächst nur dafür Rechtsdurchsetzungskosten ausschließlich für die Fälle eines Verbrauchsgüterkaufs als ersatzfähig anzusehen. Es gibt jedoch keinen guten Grund einem Unternehmer-Käufer die Ersatzfähigkeit der Rechtsdurchsetzungskosten abzusprechen. Zum einen lassen sich diese Kostenfälle nach der weiten Auslegung zwanglos unter den Wortlaut subsumieren. Zum anderen wird hierdurch eine gespaltene Auslegung des § 439 II BGB vermieden, der im allgemeinen Kaufrecht steht und daher sowohl für b2c als auch b2b Kaufverträge gilt.

Der ebenfalls hinter § 439 BGB stehende Zweck eines angemessenen Interessenausgleichs zwischen Käufer und Verkäufer steht der weiten Auslegung nicht entgegen. Diesem Zweck kann durch das Tatbestandsmerkmal „erforderlich“ entsprochen werden, wodurch gewährleistet wird, dass der Verkäufer nicht unbillig belastet wird.

Mithin sind die vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten zum Zwecke der Nacherfüllung getätigt worden.

#### *b) Erforderlichkeit*

Angesichts der mehrfach gescheiterten Nachbesserungsversuche und der verweigernden Haltung der A waren die Rechtsanwaltskosten objektiv notwendig und angemessen, mithin erforderlich.

## **II. Ergebnis zu Fallfrage 2**

Mithin hat K gegen A einen Anspruch auf Erstattung der vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten i.H.v. 1.400 €.

---

<sup>56</sup> Lorenz, JuS 2014, 7 ff.